

DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE. ATENDIMENTO
À FUNÇÃO SOCIAL. REQUISITOS PARA DESAPROPRIAÇÃO
PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. VÍCIOS FORMAIS E
MATERIAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.
CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS*
CLÁUDIA FONSECA MORATO PAVAN**

Palavras-chave: Direito fundamental da propriedade. Função social. Desapropriação. Processo administrativo.

CONSULTA

O ilustre advogado Dr. José Carlos de Mello Dias honra-nos com consulta assim formulada:

“Trata-se de mandado de segurança impetrado pela consulente, contra Decreto baixado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, declarando de interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural, situado em município do Estado de São Paulo.

* Professor Emérito das Universidades Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi titular de Direito Constitucional e Direito Econômico.

** Advogada em São Paulo.

Alega a Impetrante que o Relatório Agrônômico de Fiscalização – RAF – considerou a área total do imóvel como sendo de 2.868,71 hectares, superior à área efetiva da fazenda de 2.824,4980 hectares, constante da matrícula do Cartório de Registro de Imóveis, área essa obtida por sentença judicial, em ação de retificação de registro, acobertada pelo manto intangível da coisa julgada.

Não se discute se a alteração da área é ou não suficiente para modificar a produtividade do imóvel, mas ser inadmissível a vistoria considerar área maior do que a constante do registro público, oponível *erga omnes*, e, ainda, contravindo no § 4º, do artigo 2º, da Lei nº 8629/93, com a redação da Medida Provisória nº 2.183/56, de 24/08/01.

Há, também, violação da Lei nº 8.629, de 1993, porque a vistoria do INCRA não considerou duas áreas de 96,00 e 358 hectares, de reforma e recuperação de pastagens, com extração de sementes, afrontando o disposto no § 7º, do artigo 6º, da cita lei, verbis:

não perderá a qualificação de propriedade produtiva o imóvel que, por razões de força maior, caso fortuito **ou renovação de pastagens, tecnicamente comprovadas pelo órgão competente**, deixar de apresentar no ano respectivo, os graus de eficiência, os graus de eficiência e exploração exigidos para a espécie (grifos da consulente).

Aduz mais, ter havido cerceamento ao seu direito de defesa no processo administrativo, pela falta de relatório e fundamentação da decisão determinando o seu prosseguimento e no não recebimento do recurso contra essa decisão (Proc. Adm. fls.).

A liminar foi concedida pelo Min. GILMAR MENDES, argumentando que o Decreto Presidencial declara a área do imóvel de 2.824,4980 hectares, igual à do registro de imóveis, “em razão de sentença judicial transitada em julgado”, enquanto o relatório aponta a “área medida” de 2.868,1571 hectares, culminando por concluir que “as diversas dimensões do imóvel referidas no Decreto Presidencial, no Relatório Agrônômico de Fiscalização e no seu registro (com referência, inclusive, à sentença judicial transitada em julgado) podem ter consequências sérias e relevantes para a avaliação da produtividade, tal como postulado pela impetrante” (fls. 220/221).

As informações do Consultor-Geral da União, apoiadas por parecer da Assessoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Agrário, tratam da questão como se fosse simples discussão reflexa da produtividade do imóvel, vedada no âmbito estreito do *writ of mandamus*.

De sua parte, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, na mesma linha das citadas informações, traz a querela para o campo leitoso da discussão (ine-

xistente) da produtividade do imóvel, o que demandaria dilação probatória, inviável no mandado de segurança, opinando, a final, pela denegação da ordem.

Diante disso, indaga-se:

1. Quais as consequências jurídicas da vistoria do Incra, ter considerado área maior do que a constante do registro público, oriunda de sentença judicial transitada em julgada e, ainda, ao arrepio da Lei nº 8.629/93 (§ 4º, do art. 2º, com a redação da Medida Provisória n. 2183/56)?
2. A falta de relatório e de motivação na decisão do processo administrativo, declarando o imóvel improdutivo, viola a Lei nº 9784, de 1999 (artigos 2º e 50), ou antes, afronta a Constituição Federal (art. 5º, LIV)?
3. O não recebimento e o não encaminhamento do recurso manejado em face da decisão do Comitê Regional de Análise, dirigido ao Presidente do INCRA (fls. 500/501), visto sob a ótica do artigo 56, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.784, de 1999, constitui-se em cerceio do direito de defesa?
4. É válido o processo administrativo, base e amparo legal do Decreto Expropriatório?
5. Existem, no caso, fatores legais impeditivos da desapropriação da Fazenda, para fins de reforma agrária?
6. A impetração traz a prélio a produtividade do imóvel, ou simplesmente, ainda que pela rama, tece considerações evidenciadoras dos erros do relatório da fiscalização do INCRA?

Passamos a enfrentar as questões propostas à luz do quadro fático trazido pelo consulente.

RESPOSTA

O direito de propriedade é classificado pela doutrina constitucional como direito fundamental de primeira geração.

Direito fundamental é aquele reconhecido e garantido pelo ordenamento jurídico de determinado Estado, consistindo em manifestação positiva do direito, com aptidão para produção de efeitos no plano jurídico. Não se trata, portanto, de mera pauta ético-política, desprovida de força coercitiva. Tanto assim o é que, ao lado dos

direitos fundamentais existem, como instrumentos assecuratórios dos mesmos, as garantias fundamentais, dentre as quais se destaca o mandado de segurança (art. 5º LXIX CF). As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito ao direito que instrumentalizam¹.

Os direitos fundamentais consagrados pelo jurídico moderno foram reconhecidos paulatinamente. Daí a sua classificação em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.²

A primeira geração de direitos fundamentais surgiu com o constitucionalismo, movimento que cresceu ante a insatisfação da burguesia com regimes absolutistas. A Declaração de Virgínia de 12.01.1776 foi a primeira declaração de direitos fundamentais do mundo. A mais famosa, no entanto, é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, originária da Revolução Francesa de 1789.

O constitucionalismo teve como objetivo judicializar idéias liberais, ligadas à garantia do cidadão perante o Estado. Para atingir essa meta, buscou-se assegurar a separação de poderes e proclamar direitos individuais, em documentos constitucionais, como garantias da liberdade almejada.

Daí a razão de essa geração de direitos ser constituída pelos direitos de oposição do indivíduo frente ao Estado, que visam, sobretudo à preservação da esfera de liberdade particular. São os direitos do homem, considerado em sua individualidade.

Antes, porém, do advento das primeiras declarações de direitos, a história já registra importantíssimos precedentes históricos, como, p. ex.: (a) Código de Hamurábi, (b)

a lei de Valério Públicola, proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o Interdicto de Homine Libero Exhibendo, remoto antecedente do habeas corpus moderno, que o Direito Romano instituiu como proteção jurídica da liberdade,³

1 Como bem sintetiza Bruno Galindo, “a idéia de direitos fundamentais está associada a prerrogativas de todos os cidadãos, enquanto que a idéia de garantias fundamentais está ligada à questão dos meios utilizáveis para fazer valer aqueles direitos, ou seja, salienta-se o caráter material dos direitos fundamentais e o caráter instrumental das garantias fundamentais” (*Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá editora, 2003. Pág. 50).

2 Já há na doutrina constitucional autores apontando a existência de direitos fundamentais de quarta geração, entre os quais se inseririam os direitos à democracia direta, à informação e ao pluralismo. Essa a posição de Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. Págs. 570 a 572).

3 In, Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1996. Pág. 134.

(c) os pactos, forais e as cartas de franquia da Idade Média, entre os quais se cita: o juramento de León e Castela, do Rei Afonso IX da Espanha, no sentido de defender a justiça, assegurando a propriedade privada; a Magna Carta inglesa, de 1215; o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1688 e o *Act of Settlement*, de 1707, dentre outros.

Os direitos de primeira geração asseguram as liberdades individuais como limites negativos à ação do Estado, são direitos de defesa e de autonomia. Como já aduzia Benjamim Constant, em 1814: “Os Cidadãos possuem direitos individuais independentes de toda autoridade social ou política, e qualquer violação pela autoridade é ilegítima. Tais direitos são: a liberdade individual, a liberdade religiosa, a liberdade de opinião, que compreende o direito em sua livre expressão, o **gozo da propriedade**, a garantia contra todo ato arbitrário. Nenhuma autoridade pode atentar contra estes direitos sem violar o seu próprio título”.⁴ (grifamos)

Atualmente não há texto constitucional que deixe de assegurar os direitos fundamentais de primeira geração. Esses direitos têm como titular o indivíduo e não a sociedade ou uma coletividade. “São oponíveis ao Estado e traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico, enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.⁵

A doutrina é concorde em enumerar, dentre os direitos fundamentais, o direito à vida, à liberdade (de expressão, de domicílio, de sigilo de correspondência⁶), à **propriedade** e à igualdade formal.

O que se busca com a proteção constitucional aos direitos fundamentais de primeira geração é assegurar o indivíduo contra ingerências estatais; enfim, separar Estado e sociedade.

É nesse sentido que se deve ler o art. 5º *caput* e XXII CF, segundo o qual:⁷

4 *Princípios Políticos Constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)*. Tradução de Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989. Pág. 68.

5 BONAVIDES, Paulo. Op. Cit. Págs. 563 e 564.

6 ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3ª edição. Corde. www.mj.gov.br/sedh/dpnh/corde/protecao_const.htm.

7 Comentando esses dispositivos, um dos ora pareceristas, teceu as seguintes considerações: “Entre os cinco fundamentos maiores da Constituição Federal, encontra-se o direito à propriedade, ao lado daquela à segurança, à vida, à liberdade e à igualdade. O mais relevante artigo da lei suprema, que é o de nº 5 e que cuida dos direitos e garantias individuais tem seu discurso assim principado: ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]’ Deve-se lembrar que uma Constituição é composta de duas grandes vertentes de princípios, a primeira, dedicada a garantir e assegurar os direitos da sociedade, a quem os governos deveriam servir, e a segunda, de que forma a sociedade controla os

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito** à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes:

[...]

XXII – **é garantido o direito de propriedade;**

(grifamos)

Em nosso ordenamento, a propriedade privada é, ainda, um dos fundamentos da ordem econômica e financeira, a teor do art. 170 II CF, segundo o qual:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II – propriedade privada

Esses dispositivos da Constituição de 1988 derivam da luta secular dos povos contra o absolutismo do poder político, traduzido no direito à própria resistência, inerente ao embate entre sociedade e detentores do poder. De fato, até o mais inocente dos homens tem consciência de que, mesmo em um regime democrático, uns homens predominam sobre os outros, o que sujeita os detentores do poder a dele abusar, caso não estejam assegurados os direitos fundamentais.

Ocorre que o direito à propriedade, assim como quaisquer outros direitos fundamentais individuais, não é absoluto – exceção feita, em nosso ordenamento, ao direito à vida –. A Constituição adota duas posições na veiculação de restrições⁸ aos direitos individuais fundamentais: ora expressamente veicula essas restrições, ora prevê reserva legal de índole restritiva.⁹

governos, dispondo, pois, sobre o funcionamento do Estado. De rigor, as duas vertentes voltam-se, para realçar o que de mais importante há, no Estado, que é o povo – e para que o povo não seja uma massa despersonalizada – para proteger o indivíduo. Por esta razão, o Título II da Constituição Federal, que elenca direitos e garantias fundamentais, tem, no seu capítulo I, a indicação de que tais direitos e garantias são individuais e coletivos, a que se acrescem os deveres, que correspondem a seu exercício”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Atentado ao Direito de Propriedade”. *Jornal “O ESTADO DE SÃO PAULO”*. 26.03.1991. Pág. 25.

8 Não será abordado neste trabalho, por fugir ao tema proposto, a questão relativa à possibilidade lógica de existir restrição a direito fundamental que é suscitada, p.ex., por Friedrich Klein, para quem, a legislação ordinária apenas traz o conceito do direito individual, mas não uma limitação. (Apud, MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. Pág. 224)

9 J.J. Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional*. Pág. 602-603.

O direito a propriedade é restringido pelo texto constitucional ao cumprimento da sua função social. É o que deflui do art. 5º XXIII, segundo o qual:

XXIII - propriedade atenderá à sua função social.¹⁰

Conjugando os incisos XXII e XXIII do art. 5º CF, a conclusão lógica é de que a Constituição Federal protege a propriedade individual, desde que atendida a função social. Em se tratando de direito fundamental, o texto constitucional tomou a cautela de definir o que se entende por função social da propriedade, nos arts. 182 § 2º e 186. Em se tratando de propriedade rural, como é o caso da consulta, a função social é atendida sempre que:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, **segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei**, aos seguintes requisitos:

- I – aproveitamento racional e adequado;
- II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (grifamos)

Esse dispositivo constitucional veicula o que doutrina denomina de reserva legal restritiva a direito fundamental. Cuida-se, na hipótese, de reserva legal qualificada e não, de mera reserva legal simples. A reserva legal qualificada ocorre quando a Constituição prevê os objetivos ou os requisitos que devem ser observados pela lei que vier a prever o afastamento do direito individual. Já a reserva legal simples se dá quando a Constituição limita-se a autorizar a regulamentação por lei ordinária de direito individual, sem qualquer vinculação quanto a conteúdo ou finalidade. São exemplos de reserva legal simples os incisos VI, VII, XV, XLV e XLVI do art. 5º CF.

No caso de restrição ao direito à propriedade rural, a definição do que seja “função social” está definida na Constituição Federal, cabendo à lei ordinária apenas veicular os critérios e graus de exigência relativamente ao aproveitamento racional e adequado da terra, à utilização dos recursos naturais, à preservação do meio ambiente, à observância da legislação trabalhista e à exploração favorável ao bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

10 No mesmo sentido é o inciso III do art. 170 CF.

Tais critérios para aferição do cumprimento da função social da propriedade rural estão previstos na Lei 8629/93, cujo art. 9º determina:

Art. 9º A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta lei, os seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

§ 1º Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos §§ 1º a 7º do art. 6º desta lei.

§ 2º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

§ 4º A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parcerias rurais.

§ 5º A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança no trabalho e não prova conflitos e tensões sociais no imóvel.

Quanto à racionalidade e adequação do aproveitamento da terra, o art. 6º da mesma lei, com a redação conferida pela MP 2183-56, prevê:

Art. 6º. Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada economicamente e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

§ 1º O grau de utilização da terra, para efeito do caput deste artigo, deverá ser igual ou superior a 80% (oitenta por cento), calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel.

§ 2º O grau de eficiência na exploração da terra deverá ser igual ou superior a 100% (cem por cento), e será obtido de acordo com a seguinte sistemática;

I – para os produtos vegetais, divide-se a quantidade colhida de cada produto pelos respectivos índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo para cada Microrregião Homogênea;

II – para a exploração pecuária, divide-se o número total de Unidades Animais (UA) do rebanho, pelo índice de lotação estabelecido pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

III – a soma dos resultados obtidos na forma dos incisos I e II deste artigo, dividida pela área efetivamente utilizada e multiplicada por 100 (cem), determina o grau de eficiência na exploração.

[...]

O imóvel que não atender a tais critérios poderá ser desapropriado por interesse social, para fins de reforma agrária. É o que estabelece o art. 184 CF, nos seguintes termos:

Art. 184. Compete à União desapropriar pro interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização e títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Assim, salvo as pequenas e médias propriedades rurais, que, a teor do art. 185 CF, estão a salvo da desapropriação para fins de reforma agrária, a exploração de grande propriedade rural que não atender aos critérios previstos na Lei 8629/93, ou seja, que não cumprir sua função social, poderá ser desapropriada pela União Federal.

Para além da desapropriação para fins de reforma agrária, de que trata o dispositivo supra transcrito, a Constituição prevê, ainda, a desapropriação “por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro” (art. 5º XXIV CF). É a chamada “desapropriação por utilidade pública”, regida por legislação específica (Decreto-lei 3365/41, Lei 4132/62, Lei 6602/78, Decreto-lei 1075/70, LC 76/93, LC 88/98, Lei 9785/99 e Lei 10406/02).

No caso do consulente cuida-se de desapropriação para fins de reforma agrária, que só é possível de ser legitimamente decretada quando caracterizado o descumprimento da função social da propriedade rural.

O fato de determinada propriedade rural ser grande e, portanto, apta ao assentamento de diversas famílias – como aduz a autoridade administrativa ao longo do processo – não legitima, por si só, a desapropriação para fins de reforma agrária. Se assim fosse, seria mais lógico proibir, desde logo, a propriedade de grandes imóveis rurais, condenando o país ao subdesenvolvimento agropecuário. O que legitima a desapropriação para fins de reforma agrária e apenas e tão somente o descumprimento da função social, apurado em processo administrativo regular.

Tratando-se de exceção a direito fundamental o processo de desapropriação para fins de reforma agrária deve ser conduzido de acordo com os ditames legais, observados todos os princípios que regem o processo administrativo, entre os quais o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, tanto formal quanto material.¹¹

De fato, os direitos fundamentais, como o é o direito de propriedade, envolvem duas dimensões, uma objetiva e outra, subjetiva.

Os direitos fundamentais de primeira geração, quais sejam, os direitos fundamentais do constitucionalismo liberal, eram visualizados apenas sob a ótica subjetiva. A preocupação, à época, era identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na ordem jurídica.

A faceta subjetiva dos direitos fundamentais não perdeu sua importância e, até hoje, constitui instrumento indispensável de controle dos detentores do poder. Mas, a doutrina contemporânea desvendou nova faceta dos direitos fundamentais, trata-se da dimensão objetiva de tais direitos.

De acordo com Daniel Sarmento, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que “tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, como afirmou Konrad Hesse, ‘as bases da ordem jurídica da coletividade’”.¹²

Assim, os direitos fundamentais para além de serem limites para o Estado, convertem-se em guia para a sua atuação. A posição absenteísta do Estado não mais satisfaz aos anseios sociais. Não basta que os Poderes Públicos se abstenham de violar tais direitos, exige-se deles a proteção ativa contra agressões e ameaças providas de terceiros.

A esse respeito as lições de Vieira de Andrade, esclarecendo que “os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins de que esta se propõe”.¹³

11 O devido processo legal, sob o aspecto material, encerra os juízos de necessidade, adequação e proporcionalidade. Para aprofundamento sobre o tema, consulte: GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade”. In, GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Pág. 12.

12 A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria. In, SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Pág. 253.

13 *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. Págs. 144-145.

O desenvolvimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem raízes na famosa teoria dos direitos públicos elaborada por Jellinek, no final do século XIX - muito embora seu estudo parta de uma visão exclusivamente subjetiva dos direitos fundamentais -. Essa teoria distingue quatro diferentes posições que o indivíduo pode assumir frente o Estado. São elas: (a) *status sibiectioes*: o indivíduo é visto como súdito do Estado, totalmente subjugado; (b) *status negativus*: ao indivíduo é reservada uma esfera de liberdade, na qual o Estado não pode se imiscuir; (c) *status activus*: o indivíduo tem o direito de participar na formação da vontade do Estado, é detentor de direitos políticos; (d) *status positivus*: o indivíduo tem o direito de reclamar prestações positivas dos poderes públicos.

Em verdade, na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa, destinados a proteger determinadas posições particulares da intervenção do Poder Público. Contêm, assim, definições de uma competência negativa do Poder Público, que fica obrigado a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado.

Ocorre que a garantia de liberdade do indivíduo só é exitosa se a sociedade for também livre. E, como aduz, o E. Min. Gilmar Ferreira Mendes, “uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e dos cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade. Essas características condicionam e tipificam, segundo Hesse, a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Eles asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática”.¹⁴

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais permite identificar que a função desses direitos não é apenas de direitos de defesa, mas que também ensejam um dever de proteção do Estado.

Sob o enfoque objetivo, os direitos fundamentais apresentam um aspecto de direito à prestação positiva, cobrando a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos.

Assim, para resguardar a propriedade rural, a Constituição e a legislação ordinária só atribuem legitimidade a decreto de desapropriação para fins de reforma agrária, quando, após o cumprimento de todo *iter* procedimental, com a observância do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, restar comprovado o descumprimento da função social.

14 Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual* nº 14 – julho/2000.

Quanto ao procedimento, a Lei 8629/93 limita-se a especificar a forma como poderá o órgão federal competente ingressar na propriedade privada para fins de levantamento dos dados necessários a apuração do cumprimento da função social da propriedade.

O silêncio da legislação específica não importa, no entanto, em liberdade para a Administração Pública em decidir pela desapropriação para fins de reforma agrária, sem observar as garantias processuais previstas na Constituição Federal.

O Estado tem, tanto no exercício das funções jurisdicionais, quanto no exercício de funções executivas, o dever de observar os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, insertos no art. 5º LIV e LV CF. Vale a transcrição dos dispositivos, cuja redação deixa clara sua aplicabilidade à hipótese presente:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (grifamos)

Esses dispositivos, conjugados, ainda, com o direito de petição (art. 5º XXXIV “a” CF), deixam claro que o processo administrativo encontra-se alçado à categoria constitucional e, constitui condição imprescindível a que seja afastado o direito fundamental da propriedade, quando desatendida sua função social.

Esta é uma consequência inevitável do Estado de Direito. Não pode, o particular, ter seu direito fundamental de propriedade afastado, sob o fundamento de desatendimento à função social, sem que lhe seja conferida a oportunidade de oferecer defesa e ter seus argumentos enfrentados por decisão devidamente fundamentada. Aplicam-se-lhe os princípios ordinários do direito processual, como p. ex., aqueles que atribuem às partes oportunidade de oferecimento de contra-razões, produção de provas e, apresentação de recursos, dentre outros.

Vem a calhar comentários de Celso Antônio Bandeira de Mello tecidos à luz dos arts. 5º LIV e LV CF, a seguir transcritos:¹⁵

Estão aí consagrados, pois, a exigência de um processo formal regular pra que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, forneça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Admi-

15 Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. Pág. 105.

nistração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais.

Note-se que `privar` da liberdade ou da propriedade não é apenas e simplesmente elidi-las, mas também o é suspender ou sacrificar quaisquer atributos legítimos inerentes a uma e a outra; vale dizer: a privação não precisa ser completa para caracterizar-se como tal. Assim, para desencadear consequência dessa ordem, a Administração terá que obedecer a um processo regular (o devido processo legal), o qual, evidentemente, como resulta do inciso LV do art. 5º, demanda contraditório e ampla defesa.

Vale rememorar que o princípio de devido processo legal remonta à Magna Carta que João-Sem-Terra concedeu, em 1215, aos barões. Esse documento assegurava que nenhum homem livre teria sua liberdade ou propriedade sacrificadas, salvo se observada a *law of the land*.

A obrigatoriedade, sob pena de inconstitucionalidade, de o Estado observar os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, decorre também dos princípios da moralidade, da publicidade e da legalidade, a que está adstrita a Administração Pública (art. 37 *caput* CF”). A esse respeito é clara a lição de Carlos Roberto Siqueira de Castro:¹⁶

Do campo processual penal e civil a garantia do devido processo legal alastrou-se aos procedimentos travados na Administração Pública, impondo a esses rigorosa observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a Sociedade e os indivíduos de outro.

O processo administrativo no âmbito da Administração Pública encontra-se regido pela Lei 9784/99, cuja aplicação, ao processo de desapropriação se impõe por força do art. 69.¹⁷ A lei em questão prevê a observância dos seguintes direitos e garantias do administrado:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, **visando, em especial,**

16 Apud, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. Cit. Pág. 107.

17 O dispositivo tem a seguinte redação: “Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

à **proteção dos direitos dos administrados** e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos **princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica**, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

[...]

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e **boa-fé**;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - **indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão**;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

[...]

X - **garantia dos direitos** à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à **interposição de recursos**, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

[...]

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

[...]

II – **ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado**, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

[...]

Art. 6º (omissis)

[...].

Parágrafo único. É vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas.

[...]

Art. 27. (omissis)

Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de **ampla defesa** ao interessado.

Art. 28. **Devem ser objeto de intimação os atos do processo** que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, **de seu interesse**.

[...]

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º **Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.**

[...]

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

[...]

Art. 50. **Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos**, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

[...]

V - decidam recursos administrativos;

[...]

§ 1º **A motivação deve ser explícita**, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

[...]

§ 3º **A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.**

[...]

Art. 56. **Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.**

§ 1º **O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.**

(grifamos)

Muito embora a lei tenha sido editada em conformidade com a Constituição Federal, visando a proteger o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, esses princípios constitucionais não foram observados no caso trazido pelo consulente.

Ciente do Relatório Agrônomico de Fiscalização (RAF) que classificou seu imóvel como grande propriedade rural improdutiva e, portanto, sujeito à desapropriação, a proprietária ofertou impugnação, perante a Superintendência Regional do INCRA (fls. 248 a 289 dos autos do processo administrativo). O processo seguiu para prolação de pareceres pela equipe técnica.

Ciente de superveniente decisão judicial que reconheceu a nulidade de convênio firmado entre o INCRA e o ITESP – Fundação do Instituto de Terras do Estado de São Paulo – para exercício da fiscalização do cumprimento da função social da propriedade, a proprietária ofertou aditivo à sua defesa, uma vez que a vistoria de seu imóvel foi realizada por funcionário do ITESP (fls. 321 a 391 dos autos do processo administrativo).

Foram, então, ouvidas a Procuradoria Regional do INCRA (fls. 395 e 396) e o Chefe da Divisão Técnica (fls. 398 a 401).

A proprietária interessada não foi cientificada de tais pronunciamentos proferidos pela Administração.

Sem que conste dos autos qualquer intimação dando conta da data em que o feito seria o julgado, foi juntada aos autos ata de reunião do Comitê de Decisão Regional do INCRA, da qual consta que o processo teria sido julgado. Não há nos autos qualquer documento que decline as razões que levaram o comitê decisório a julgar improcedente a impugnação ofertada pela consulente. A ata limita-se a consignar que:

4 – Apreciado o processo administrativo nº 54.190.000362/2002-18 que trata de desapropriação da Fazenda, no município, foi analisado o recurso administrativo apresentado pelo proprietário e entendeu o CDR, por negar provimento ao recurso, deliberando dar prosseguimento ao processo administrativo pela improdutividade do imóvel, comunicando ao proprietário esta decisão por ofício.

A autoridade administrativa julgadora, qual seja, o CDR – Comitê de Decisão Regional – não declinou quais as razões que lhe levaram a rejeitar os argumentos suscitados pela proprietária rural em sua peça de defesa. Do trecho supra transcrito, do único documento que registra o julgamento ocorrido, sequer se infere que foram enfrentadas as razões da proprietária, oferecidas tempestiva e regularmente. Não fo-

ram apontadas as causas e o elementos determinantes para a prolação da decisão. Sequer a fundamentação legal consta do ato decisório.

Tal como prolatada, a r. decisão de primeira instância administrativa carece de fundamentação. O dever de motivar¹⁸ as decisões é ínsito à atividade de julgar. A autoridade administrativa desprezou, ao deixar de proferir decisão fundamentada acerca da oposição da proprietária à desapropriação de sua fazenda, não só o direito fundamental de propriedade, mas também as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Confira-se, a esse respeito, a doutrina de Hely Lopes Meirelles:¹⁹

Nesse sentido é a lição dos modernos publicistas, a começar por Bielsa, neste passo: ‘Por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos-determinantes da lei)’. E, rematando, o mesmo jurista reafirma: ‘No Direito Administrativo a motivação – como dissemos – deverá constituir norma, não só por razões de boa administração, como porque toda autoridade ou Poder em um sistema de governo representativo deve explicar legalmente, ou juridicamente, suas decisões.

O excelente Jêze já acentuava, de há muito, que, ‘para se ter a certeza de que os agentes públicos exercem a sua função movidos apenas por motivos de interesse público da esfera de sua competência, leis e regulamentos recentes multiplicam os casos em que os funcionários, ao executarem um ato jurídico, devem expor expressamente os motivos que o determinaram. É a obrigação de motivar. O simples fato de não haver o agente público exposto os motivos de seu ato bastará pra torná-lo irregular; o ato não motivado, quando o devia ser, presume-se não ter sido executado com toda a ponderação desejável, nem ter tido em vista um interesse público da esfera de sua competência funcional’.

Pela motivação o administrador pública justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática[...].

18 Como ensina Augustín Gordillo: “La motivación de lacto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina ‘los considerandos’ del acto, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye pro lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad” (*Tratado de Derecho Administrativo*. T 3. 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1995. P. X-7).

19 *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. Págs. 96-97.

Decisão administrativa que não expõe as razões de fato e de direito pela qual a pretensão do administrado é rejeitada importa, ademais, em burla ao controle jurisdicional que, em nosso sistema é inafastável, por força de previsão constitucional expressa (art. 5º XXXV CF). Decidir processo administrativo sem apresentar, ainda que sucintamente, os fundamentos que levam à tomada da decisão, é o mesmo que desprezar a cidadania, um dos fundamentos da República brasileira.

Apesar de o dever atribuído à autoridade administrativa de fundamentar as suas razões seja consequência direta dos princípios constitucionais supra mencionados – devido processo legal, contraditório, ampla defesa, inafastabilidade do controle jurisdicional e cidadania – a legislação adjetiva foi farta em reiterar essa obrigação. O dever de fundamentar, ou seja, o dever de motivar o ato decisórios, vem expresso no art. 2º *caput*, parágrafo único VII e, ainda, no art. 50 (*in totum*) da Lei 9784/99.

Muito embora sequer fosse necessário, já que o dever de motivar as decisões advém de princípios constitucionais, a Lei 9784/99 impõe à Autoridade Administrativa a obrigação de motivar seus atos, especificando que, por motivação se entende a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão (art. 2º parágrafo único VII).

No caso trazido pelo consulente, essas balizas, que constituem a base do Estado de Direito, não foram observadas pela Administração Pública. Não houve a prolação de decisão devidamente fundamentada, com a declinação das razões que levaram à rejeição da pretensão do administrado. Há, apenas, uma ata, dando conta de que a impugnação ofertada pela proprietária do imóvel encaminhado para desapropriação, não foi acolhida.

A irregularidade se agrava em virtude de o ato administrativo desprovido da necessária motivação, implicar afastamento de direito individual fundamental, como o é o direito de propriedade. A ausência de motivação importa em nulidade do processo administrativo.

Para além de a decisão de primeira instância carecer de fundamentação, o que, por si só, implica nulidade do processo administrativo, até a sua prolação se verificam, ainda, outras irregularidades, quais sejam: o administrado não foi cientificado dos atos administrativos que sucederam à sua impugnação e, portanto, não pôde refutar os pareceres técnicos e jurídicos proferidos e, tampouco, foi intimado da data em que seu processo seria julgado.

Assim, da análise do processo administrativo conclui-se que, até a decisão de primeira instância, foram violados:

- (a) **o princípio da publicidade** (art. 37 *caput* CF, arts. 2º parágrafo único V e X, 3º II, 28 da Lei 9784/99): uma vez que não houve intimação da parte

interessada acerca da data em que seu processo seria julgado, comprometendo não só sua defesa, bem como a própria legitimidade do julgamento que correu à sua revelia. A proprietária da fazenda tinha, como o tem qualquer administrado, o direito de ser comunicada previamente à realização do julgamento do seu processo e fazer-se ouvir no órgão colegiado com competência para apreciar suas razões;

(b) **o princípio do contraditório**²⁰ (art. 5º LV CF e art. 2º caput da Lei 9784/99): uma vez que a proprietária do imóvel não foi cientificada dos pareceres e laudos técnicos oferecidos após a impugnação ao RAF, o que viola a paridade de armas (*Chancengleichheit* e *Waffengleichheit*) a ser assegurada ao litigante, tanto em processo administrativo quanto em processo judicial, por ordem constitucional. Não foi assegurada à proprietária o direito de ser ouvida em todas as fases do processo, produzindo provas e outras manifestações que julgasse pertinentes à vista dos pronunciamentos da Divisão Técnica do INCRA e da Procuradoria Regional, que se seguiram à sua defesa, como demanda o princípio em tela;

(c) **o direito à ampla defesa**²¹ (art. 5º LV CF, art. 2º caput, parágrafo único X, art. 3º III da Lei 9784/99): uma vez que a proprietária do imóvel não teve seus argumentados enfrentados, ainda que de maneira sucinta, pelo ato decisório. A versão trazida pela parte interessada em defender seu direito fundamental de propriedade não foi levada em consideração para a prolação da respectiva decisão. Ademais, não foi concedida à proprietária do imóvel a oportunidade de ilidir os argumentos tecidos pelos órgãos administrativos após a apresentação de sua peça de defesa;

20 O conteúdo do princípio do contraditório é explicitado por Nelson Nery nos seguintes termos: “Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos”. (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Págs. 131/132)

21 Em obra conjunta com um dos ora pareceristas, Celso Bastos declina o conteúdo do direito constitucional à ampla defesa, nos seguintes termos: “Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilite trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções, ora se traduzirá na inquirição de testemunhas, ora na designação de um defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento. Por ora basta salientar o direito em pauta como um instrumento assegurador de que o processo não se converterá em luta desigual em que o ao autor cabe a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu só cabe timidamente esboçar negativas. Não, forçoso se faz que ao acusado se possibilite a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente à evidenciação da sua versão”. (BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. Pág. 266).

(d) **o princípio do devido processo legal**²² (art. 5º LIV CF): em consequência de todas as irregularidades supra analisadas, o processo administrativo trazido pelo consulente não atendeu ao devido processo legal, padecendo de vício insanável de nulidade. De fato, várias disposições da legislação adjetiva foram desrespeitadas pela autoridade julgadora quando da instrução e análise do processo em questão. Citamos algumas das irregularidades: não houve a divulgação oficial de todos os atos praticados (art. 2º parágrafo único V), não foram observadas as formalidades essenciais à garantia dos direitos da petionária (art. 2º parágrafo único VIII), não foi deferido ao administrado o direito de apresentar alegações finais e produzir provas (art. 2º parágrafo único X), a proprietária não foi cientificada da tramitação do processo (art. 3º II).

Para além dessas irregularidade que antecederam o ato decisório, há, ainda, outros vícios formais que lhe sucederam e que acarretam, a nosso ver, nulidade do processo administrativo em questão.

De fato, cientificada de que sua impugnação não fora acolhida em sede de primeira instância administrativa, a proprietária da fazenda ofereceu, em 14.11.2002, recurso (fls. 412 a 422 dos autos do processo administrativo).

Em virtude de não ter sido atribuído efeito suspensivo a tal recurso, a proprietária do imóvel impetrou Mandado de Segurança (processo nº 24482), no qual logrou obter liminar, concedida pelo E. Min. Gilmar Mendes do Eg. Supremo Tribunal Federal.

Os autos do processo administrativo foram, então, requisitados para pela Procuradoria, a fim de oferecer as informações requeridas pelo Relator do Mandado de Segurança. Prestadas as informações, os autos foram devolvidos.

Ocorre que o recurso oferecido contra a decisão do Comitê Regional de Análise do INCRA não foi processado e, tampouco, apreciado, o que importa em violação ao art. 56 da Lei 9784/99. Referido dispositivo, transcrito supra, prevê o cabimento de recurso de todas as decisões administrativas. A revisibilidade das decisões administrativas, por órgão superior, consulta não só ao interesse público de auto tutelar os atos administrativos, como também ao princípio da segurança jurídica.

22 Citemos, mais uma vez, Nelson Nery Junior para especificar o conteúdo desse princípio: “Em sentido processual, a expressão alcança outro significado, mais restrito, como é curial. No direito processual americano, a cláusula (*procedural due process*) significa o dever de propiciar-se ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; [...]; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos”. (Op. Cit. Pág. 39).

Ainda que a autoridade administrativa viesse a considerar que teria havido, em virtude da impetração, renúncia à instância administrativa, com o deslocamento da matéria de fundo para julgamento pelo Judiciário, deveria ter sido prolatada decisão nesse sentido.

O que se nota da análise dos autos do processo administrativo, que nos foi fornecido em cópia, é que a autoridade administrativa negou à proprietária da fazenda o direito de recorrer, uma vez que não ofereceu qualquer resposta ao recurso interposto.

A ausência de processamento do recurso ofertado viola não só o art. 56 da Lei 9784/99, como também os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, tantas vezes desprestigiado no caso ora em análise.

Para além das limitações procedimentais à desapropriação para fins de reforma agrária, que, como visto supra, não foram observadas no caso trazido pelo consulente, há, ainda, limitações materiais.

De fato, a Lei 8629/93 só admite desapropriação para fins de reforma agrária de imóvel rural cujo grau de utilização da terra – GUT – seja inferior a 80% e o grau de eficiência na exploração – GEE – seja inferior a 100% (art. 6º).

No caso trazido pelo consulente, o imóvel estaria, de acordo com a análise efetuada pelos técnicos do ITESP, em parceria com o INCRA, apto para a desapropriação em virtude de ter atingido GEE de 93,39, apesar ter sido apurado grau de utilização da terra de 100%.

A apuração do GEE envolve cálculos complexos, discriminados no art. 6º § 2º I, II e III da Lei 8.629/93. Da leitura desses dispositivos, extraímos a seguintes fórmulas:

$$A = \frac{\text{Quantidade colhida de produtos vegetais}}{\text{Índices de rendimento}}$$

$$B = \frac{\text{Total de unidades animais}}{\text{Índices de lotação}}$$

$$GEE = \frac{A + B}{\text{Área Efetivamente Utilizada}} \times 100$$

O conceito de área efetivamente utilizada está assim delimitado pela Lei 8629/93:

Art. 6º...

[...]

§ 3º. Considera-se efetivamente utilizadas:

I – as áreas plantadas com produtos vegetais;

II – as áreas de pastagens nativas e plantadas, observado o índice de lotação por zona de pecuária, fixado pelo Poder Executivo;

II - as áreas de pastagens nativas e plantadas, observado o índice de lotação por zona de pecuária, fixado pelo Poder Executivo;

III - as áreas de exploração extrativa vegetal ou florestal, observados os índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea, e a legislação ambiental;

IV - as áreas de exploração de florestas nativas, de acordo com plano de exploração e nas condições estabelecidas pelo órgão federal competente;

V - as áreas sob processos técnicos de formação ou recuperação de pastagens ou de culturas permanentes, tecnicamente conduzidas e devidamente comprovadas, mediante documentação e Anotação de Responsabilidade técnica.

§ 4º No caso de consórcio ou intercalação de culturas, considera-se efetivamente utilizada a área total do consórcio ou intercalação.

§ 5º No caso de mais de um cultivo no ano, com um ou mais produtos, no mesmo espaço, considera-se efetivamente utilizada a maior área usada no ano considerado.

§ 6º Para os produtos que não tenham índices de rendimentos fixados, adotar-se-á a área utilizada com esses produtos, com resultado do cálculo previsto no inciso I do § 2º deste artigo.

§ 7º Não perderá a qualificação de propriedade produtiva o imóvel que, por razões de força maior, caso fortuito ou de renovação de pastagens tecnicamente conduzida, devidamente comprovados pelo órgão competente, deixar de apresentar, no ano respectivo, os graus de eficiência na exploração, exigidos para a espécie. (grifamos)

O Relatório Agrônomo de Fiscalização – RAF (fls. 20 a 37 dos autos do processo administrativo) contém, pelo menos, duas irregularidades materiais que comprometem a sua validade.

Em primeiro lugar, se constata o descumprimento ao § 7º supra transcrito, uma vez que foi desconsiderada a existência de reforma de pastos, conduzida de acordo com projeto elaborado por engenheiro agrônomo devidamente registrado, e protocolado perante a autoridade administrativa (fls. 189 a 221 dos autos do processo administrativo).

O RAF desconsiderou o projeto com base nas seguintes razões:

A proprietária apresentou, através seu procurador para assuntos técnicos junto ao INCRA, eng. agr. Carlos Augusto Arantes, Projeto Técnico de Exploração Agropecuária, para a Fazenda, com cronograma operacional nos anos agrícolas 2.001/02 a 2.005/06; mas protocolado junto ao SR/INCRA/SP em 19/12/01. Nos termos do inciso IV do artigo 7º da Lei nº 8.629/93, o mesmo não foi protocolado no prazo, na forma estabelecida em regulamento.

Com certeza, **este projeto**, apesar de não ter validade para fins de atender às exigências do presente relatório de fiscalização, **será de bastante utilidade na melhoria das condições de exploração do imóvel, em futuro próximo.**

Referido projeto, no quadro distribuição de áreas do imóvel, menciona um item de lavouras diversas cm a área de 132,60 hectares; e outro item de reforma de pastagens com área de 121,00 hectares. Na vistoria, **constatamos a existência de pastagens reformadas** (96 ha), mas não a área de lavouras diversas. Referido projeto nem mesmo menciona a produção e colheita de sementes de gramíneas, conforme dito e anotado em planta fornecida”. (grifamos)

Para desconsiderar a reforma de pastagens promovida pela proprietária do imóvel, o RAF utilizou, como fundamento, o inciso IV do art. 7º da Lei 8629/93, segundo o qual não será objeto de desapropriação “o imóvel que comprove estar sendo objeto de implantação de projeto técnico” aprovado pelo órgão federal competente, na forma do regulamento, no mínimo seis meses antes da comunicação de início da vistoria (redação atribuída pela MP 2183-86).

Esse dispositivo cuida de hipótese diferente daquela que é objeto da norma do § 7º do art. 6º. A regra do § 7º do art. 6º da Lei 8629/93 atribui qualificação de propriedade produtiva ao imóvel rural que esteja sendo objeto de renovação de pastagens, conduzida por técnico, independentemente da existência ou não de projeto aprovado e, também, da observância ou não, de determinado prazo para protocolo do referido projeto.

Já o art. 7º da Lei 8629/93, cuja redação encontra-se regida pela MP 2183-56, põe a salvo da desapropriação imóvel que comprove estar sendo objeto de implantação de projeto técnico aprovado, no mínimo seis meses antes da notificação de realização da vistoria.

São hipóteses distintas. A existência de projeto técnico aprovado, a que alude o art. 7º da Lei 8629/93, não se confunde com a circunstância contemplada no § 7º do art. 6º da mesma lei, segundo a qual será considerada produtiva a área em que se verifique renovação de pastagens naquele ano vistoriado. Acaso se tratasse da mesma hipótese não haveria a necessidade de sua previsão constar de dois dispositivos separados da lei.

A renovação de pastagens garante a produtividade da terra, independentemente de haver projeto técnico aprovado pela autoridade administrativa. Por outro lado, o projeto técnico a que alude o art. 7º da Lei 8629/93 pode se referir a diversas melhorias técnicas e não, exclusivamente, à renovação de pastagens, e deve, por força do inciso II, englobar no mínimo 80% da área total aproveitável do imóvel.

A exigência de aproveitamento de, no mínimo, 80% da área total do imóvel não existe para a hipótese de renovação de pastagens a que se refere o § 7º do art. 6º, como também inexistente, nessa hipótese, prazo para aprovação de projeto, já que a lei sequer cogita da existência de projeto formalizado.

Daí a irregularidade do decreto de desapropriação, por ter desconsiderado realidade fática, admitida pela autoridade administrativa. De fato, o RAF reconhece que há pastagens reformadas (96 ha), o que é suficiente para assegurar a produtividade do imóvel, nos termos do § 7º do art. 6º da Lei 8629/93.

Ainda que assim não fosse e que tanto o § 7º do art. 6º quanto o art. 7º da Lei 8629/93 cuidassem da mesma hipótese de exclusão da desapropriação – o que é aventado apenas a guisa de argumentação –, constata-se que o protocolo do projeto atendeu ao prazo determinado na legislação.

De fato, a proprietária da terra foi notificada da realização da vistoria em 22.11.01 (fls. 11 dos autos do processo administrativo). Em 13.08.2000 havia sido protocolado projeto de reforma de pastos e produção de sementes de pastagens (fls. 189 dos autos do processo administrativo). Dos elementos que nos foram encaminhados não se constata a aprovação ou reprovação do referido projeto. Fato é que o administrado não pode ser apenado pela inércia da Administração em analisar os projetos que lhe são apresentados. Assim, tendo a proprietária do imóvel, de boa-fé, apresentado projeto de reforma de pastagens e de produção de sementes, com mais de um ano de antecedência do início da vistoria, sua existência não poderia ter sido desconsiderada para fins de enquadramento do imóvel como propriedade improdutiva.

Para além desse vício, o RAF **viola a coisa julgada**, por ter desconsiderado, para fins de apuração do GUT e do GEE, sentença proferida em ação de retificação de registro, que fixou a área do imóvel em 2.824,4980 ha.

Da documentação que nos foi encaminhada, constata-se que por decisão judicial, transitada em julgado, houve a retificação do registro do imóvel, para a área total de 2837,8 ha. Após a retificação foram objeto de desapropriação amigável 65.637,30 m² e 65.382,50 m², para passagem de uma estrada. O saldo apurado na própria RAF é de 2824,4980 ha. O agente que promoveu a vistoria ignorou o registro de imóveis, que foi retificado por força de decisão judicial transitada em julgado, e atribuiu ao imóvel a área de 2868,1571 ha, o que levou à apuração do GEE de 93,39 %.

Ao assim proceder, a autoridade administrativa, violou a coisa julgada, cuja imutabilidade é assegurada pela Constituição Federal (art. 5º XXXVI), como forma de implementar a segurança jurídica, razão de ser do Estado de Direito.

Embora seja discutível a faculdade de a fiscalização, ao proceder à vistoria, constatar a existência de área diversa daquela objeto do registro de imóveis, no caso presente, essa faculdade ficou totalmente eliminada em virtude da existência de ordem judicial, transitada em julgado, retificando, para fins de registro imobiliário, a área do imóvel em questão.

A coisa julgada, qualidade dos efeitos de direito material da sentença, que consiste na sua imutabilidade, é expressão da segurança jurídica. A garantia da coisa julgada é direito fundamental do cidadão, inatingível até mesmo por alterações legislativas, o que se dirá por entendimento de agente contratado pelo INCRA, mediante convênio, para fiscalizar o cumprimento da função social de determinada propriedade. A coisa julgada transmite a certeza do direito, que não pode ser mais discutido em qualquer instância.

Assim, tendo havido, em sede de ação ordinária, retificadora de registro de imóveis, a apuração da área real do imóvel, é defeso ao agente administrativo desconsiderar a coisa julgada, para adotar área diferente daquela que a decisão judicial atribuiu ao imóvel.

Note-se que a coisa julgada é, também, uma exigência prática. A busca pela justiça há de ter fim, ou seja, os litígios surgem para que cheguem a uma solução definitiva, não devem perdurar indefinidamente.

Assim, independente do acerto ou desacerto da decisão, quando dela não couber mais recurso, terá se tornado imutável, devendo ser respeitada não só pela parte vencida como, principalmente, pelos órgãos administrativos.

Esses ensinamentos remontam a Hans Kelsen, para quem:²³

23 In, Teoria Pura do Direito. Trad. De João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. P. 297-299,

[...] para atender à finalidade da justiça, existe, no processo, o sistema de recursos, através dos quais pode o interessado pedir o reexame das decisões por diversos órgãos jurisdicionais. Para atender à necessidade de segurança e estabilidade, existe o fenômeno da coisa julgada. Após serem esgotados todos os recursos, a decisão judicial torna-se imutável, não podendo ser alterada ainda que, objetivamente, não tenha concluído contrariamente ao direito.

A mesma posição é adotada pela doutrina brasileira, como se vê dos ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao comentar o art. 5º XXXVI CF:²⁴

Este dispositivo tem por objetivo dar segurança e certeza às relações jurídica, conseqüentemente, aos direitos assumidos pelos indivíduos na vida social. No convívio diuturno com outros homens, cada um pratica atos jurídicos dos quais lhe resultam direitos e obrigações. Haveria gravíssima insegurança, a ameaçar os próprios fundamentos da vida social, se tais atos pudessem ter sua validade, a qualquer tempo, reposta em discussão, se a decisão dos tribunais sempre pudesse ser impugnada e reimpugnada, se a existência dos direitos fosse a cada passo renegada.

Só teria, o fiscal, a faculdade de desprezar a área firmada na ação de retificação de registro promovida pela proprietária do imóvel, acaso a coisa julgada tivesse sido rescindida em ação proposta com essa finalidade. Desrespeitar o quanto decidido em ação de retificação de registro, sem sequer apontar quais as razões que levaram à apuração de uma área maior do que aquela que foi reconhecida por decisão judicial transitada em julgado, é afrontar não só a garantia constitucional da coisa julgada, bem como, os princípios da moralidade²⁵ e da legalidade.

24 *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Pág. 54.

25 O princípio da moralidade foi assim analisado por um dos ora pareceristas em trabalho apresentado ao XXI Simpósio de Direito Tributário: “O princípio da moralidade administrativa é o mais relevante princípio da Administração. O art. 37 da CF contém quatro princípios fundamentais a conformar o perfil de administrador público. São a saber: os princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade e aquele da impessoalidade. Um exame mais pormenorizado dos quatro princípios demonstra que, de rigor, todos terminam por desaguar na moralidade pública. O princípio da legalidade reveste todo o sistema jurídico do país. (...) Dizer, pois, que os administradores devem cumprir a lei é reiterar formulação essencial no mais relevante artigo da Constituição Federal que é voltada ao cidadão mais do que àqueles que o devem servir. Por outro lado, determinar que o administrador público deve ser impessoal, pois está à disposição da sociedade, não podendo privilegiar amigos, parentes ou interesses em detrimento do bem servir, é afetar faceta da ética administrativa, sendo, pois, a impessoalidade dimensão parcial da moralidade. O mesmo se dá com princípio da publicidade. Exceção feita às questões de segurança nacional, os atos administrativos devem ser transparentes, não se admitindo decisões escusas, resoluções de gaveta, visto que o administrado não pode desconhecer as regras da Administração. O princípio da moralidade administrativa, portanto, é o princípio essencial. O mais relevante, aquele que se destaca de forma absoluta. Que torna a Administração confiável perante a sociedade e que faz

De acordo com os fundamentos supra analisados entendemos ser ilegítima a edição de decreto expropriatório do imóvel em questão, com base no processo administrativo 54.190.000362/2002, dados os vícios formais e materiais supra-analisados.

Por fim cumpre enfrentar a questão proposta pelo consulente, relativa ao cabimento de mandado de segurança impetrado para o fim de ver reconhecida nulidade do decreto expropriatório, que decorreu do processo administrativo exaustivamente analisado neste parecer (54.190.000362/2002).

Aduz o consulente que, na tentativa de configurar o incabimento do mandado de segurança, a Advocacia Geral da União e a Procuradoria Geral da República abordam a questão sob o aspecto da produtividade, aduzindo que a obtenção ou não GEE de 100% é matéria que demanda dilação probatória.

Essa não nos parecer ser, contudo, a matéria ventilada no mandado de segurança trazido pelo consulente para nossa análise. O que se postula com a impetração é ressalvar o direito líquido e certo da proprietária de não ter o imóvel desapropriado para fins de reforma agrária, sob o fundamento de que o decreto expropriatório foi emitido com violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da motivação do ato administrativo e, ainda, em ofensa à garantia da coisa julgada, do que deflui, também, desrespeito aos princípios da moralidade e da legalidade.

Essa matéria é de ordem documental e, portanto, passível de ser apreciada em sede de mandado de segurança, sob pena de amesquinamento do remédio heróico e configuração de denegação de justiça (arts. 5º LXIX e XXXV CF).

O mandado de segurança vem previsto nas Constituições brasileiras desde 1934. Apenas a Carta de 1937 não garantiu o cabimento dessa ação contra ato praticado por autoridade pública que importe em ilegalidade ou abuso de poder. Na Constituição de 1988 a garantia vem prevista no art. 5º LXIX nos seguintes termos:

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger **direito líquido e certo**, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o respon-

do administrador público um ser diferenciado. Quem presta concurso para servir ao povo, sabe de antemão que sua probidade deverá ser absoluta, pois seu exemplo é fundamental para que as instituições sejam estáveis. (...) E a moralidade é aquela que se vincula não só à obediência estrita da lei que deve ser aplicada, mas também à preocupação de não gerar problemas de nenhuma espécie ao administrado, podendo, inclusive, ser responsabilizado o servidor, civilmente, nos termos do art. 37 § 1º, da lei suprema, se não agir eticamente”. (*O Princípio da moralidade no direito tributário*. São Paulo: RT e CEU, 1996. (Pesquisas Tributárias. Nova série; n. 2). Págs. 17 a 20)

sável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; (grifamos)

A adoção da expressão direito líquido e certo - primeiramente pela Constituição de 1946 - em contraposição à expressão “direito certo e incontestável”, adotada pela Constituição de 1934,²⁶ deixou claro ser cabível mandado de segurança ainda que a matéria seja dotada de alto grau de dificuldade.

Essa alteração terminológica só veio reforçar entendimento jurisprudencial de que mandado de segurança não prescinde da análise da prova documental necessária à comprovação dos fatos aduzidos.

De fato, mesmo antes do advento da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal já reconhecia o cabimento de mandado de segurança para amparar direito líquido e certo, ainda que a questão jurídica fosse complexa, isso porque direito líquido e certo é fato. Confira-se o vetusto voto Min. Costa Manso:²⁷

Quem requer o mandado de segurança defende o *seu direito*, isto é, o direito subjetivo, reconhecido ou protegido pela lei. O direito subjetivo, o direito da parte, é constituído por uma *relação entre a lei e o fato*. A lei, porém, é sempre certa e incontestável. A ninguém é lícito ignorá-la, e com o silêncio, a obscuridade, a indecisão, dela não se exime o juiz de sentenciar ou despachar (CC, art. 5º da Introdução). Só se exige prova do direito estrangeiro ou de outra localidade, e isso mesmo se não for notoriamente conhecido. **O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável, para obter o mandado de segurança.** O direito será declarado e aplicado pelo juiz, que lançará mão dos processos de interpretação estabelecidos pela ciência, para esclarecer os textos obscuros ou harmonizar os contraditórios. Seria absurdo admitir se declare o juiz incapaz de resolver de plano um litígio, sob o pretexto de haver preceitos legais esparsos, complexos ou de inteligência difícil e duvidosa. **Desde, pois, que o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente,** para conceder ou denegar o mandado de segurança. (MS 333, de 9.12.36, *apud* Castro Nunes, ob. Cit., pp. 92/93) (itálico no original, grifos nossos)

26 Eis o teor do dispositivo: “Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes”.

27 APUD, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. DALLARI, Adilson Abreu. FERRAZ, Sérgio. FIQUEIREDO, Lúcia Valle. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. São Paulo: RT, 186. Pág. 76.

Do trecho supra transcrito da jurisprudência - que, com o passar dos anos, se transmutou em doutrina -, vê-se que não é apenas o direito translúcido, evidente, acima de qualquer dúvida razoável, que pode ser protegido na via do mandado de segurança. Se assim fosse, apenas as questões muito mezinhas poderiam ser objeto dessa ação especial. Interpretação nesse sentido violentaria a teleologia do art. 5º LXIX da CF, porque desproveria o mandado de segurança de grande parte da sua utilidade.

O que permite o manejo, ou não, do mandado de segurança é a comprovação dos fatos e não, a simplicidade da questão jurídica posta. A comprovação dos fatos, por sua vez, se dá por meio de prova documental, pré-constituída. Ainda que a documentação seja vasta e complexa – o que sequer é a hipótese trazida pelo consulente – cabe mandado de segurança se a prova produzida for suficiente para comprovar os fatos alegados. Negar a via mandamental, sob o fundamento de que a matéria é complexa, configura verdadeira negativa de prestação jurisdicional.

Com o passar dos anos, o argumento de a complexidade da prova documental seria empecilho ao conhecimento de mandado de segurança – argumento suscitado na tentativa de reduzir o número de impetrações contra atos perpetrados por autoridades públicas revestidos de ilegalidade –, foi sistematicamente rebatido pela jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal, como se vê dos seguintes precedentes:

NÃO É POSSIVEL CONCEDER MANDADO DE SEGURANÇA SEM O EXAME DA DOCUMENTAÇÃO NA QUAL SE FUNDA O ALEGADO DIREITO LIQUIDO E CERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.²⁸

MANDADO DE SEGURANÇA. COMPLEXIDADE DOS FATOS. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO.

I. A COMPLEXIDADE DOS FATOS NÃO EXCLUI O CAMINHO DO MANDADO DE SEGURANÇA, DESDE QUE TODOS SE ENCONTREM COMPROVADOS DE PLANO.

II. [...] ²⁹ (grifamos)

MANDADO DE SEGURANÇA - COMPLEXIDADE DOS FATOS - QUESTÕES FATICAS DE ALTA INDAGAÇÃO. HÁ DE SE DISTINGUIR A COMPLEXIDADE DOS FATOS E DO TEMA DE DIREITO DAQUELAS SITUAÇÕES QUE NÃO PRESCINDEM DA ABERTURA DE FASE DE INS-

28 Brasil. Supremo Tribunal Federal. AgRg 83.698-5/RJ. Primeira Turma. Sessão de 22.09.81. Rel. Min Soraes Muñoz. DJ 09.10.81. Ementário 1229-2

29 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 100.411-8/RJ. Segunda Turma. Sessão de 04.09.84. Rel. Min. Francisco Rezek. DJ 26.10.84. Ementário 1355-3.

TRUÇÃO. SE O CASO ESTÁ COMPREENDIDO NO CAMPO DA REFERIDA DIFICULDADE, NEM POR ISSO O MANDADO DE SEGURANÇA EXSURGE COMO VIA IMPROPRIA, IMPONDO-SE O JULGAMENTO DE MÉRITO. SOMENTE EM DEFRONTANDO-SE O ÓRGÃO JULGADOR COM QUADRO A EXIGIR ELUCIDAÇÃO DE FATOS CABE DIZER DA IMPERTINENCIA DA MEDIDA, SINALIZANDO NO SENTIDO DO INGRESSO EM JUÍZO MEDIANTE AÇÃO ORDINARIA. (grifamos)30

A esse respeito também é concorde a doutrina. Citamos, exemplificativamente, Eduardo Arruda Alvim:³¹

Com a CF/46, foi substituída a expressão direito certo e incontestável, por direito líquido e certo; ao mesmo tempo, retirou-se a exigência de que se tratasse, o ato impugnado, de ato manifestamente ilegal ou inconstitucional. [...]

A partir desse marco histórico (CF/46), foi-se firmando a posição (doutrínaria e jurisprudencial) no sentido de que a liquidez e certeza do direito (requisitos do mandado de segurança que subsistem até hoje, com a redação do inc. LXIX do art. 5º da CF/88) em verdade não guardam relação com a simplicidade do direito em discussão.

Mas, já em 1945, o então Min. Orosimbo Nonato, em voto proferido no STF, alertava para o fato de que tal interpretação – que restringia a admissão do mandado de segurança a questão simples – era perigosa, pois, em sendo aceita, ‘nenhum ato ofereceria matéria a mandado de segurança, pois muito rara é a regra de direito ou princípio jurídico que não sofre crítica, revisão ou restrição’.

Hoje, predomina o entendimento de que a certeza do direito é aferível a partir da circunstância de estarem suficientemente demonstrados os fatos a partir dos quais se pretende a concessão da ordem.

Examinemos com mais vagar a idéia de certeza do direito, em função do tipo de prova. Como se disse, está ela ligada à prova documental que instrui a inicial. **No mandado de segurança, os fatos deverão estar cabalmente provados, mediante prova documental junta com a petição inicial.**

[...]

Caso fique constatado, ab initio, que os fatos não estão suficientemente provados, será caso de carência da ação tal como a não plausibilidade do direito invocado (eis que a plausibilidade consubstancia o interesse e a possibilidade jurídica do pedido). **Isso não impede, todavia, que a autoridade coatora, a o prestar as informações procure interpretar os fatos, como também**

30 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RMS 21514-3/DF. Segunda Turma. Sessão de 27.04.93. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 18.06.93. Ementário 1708-02.

31 *Mandado de Segurança no Direito Tributário*. São Paulo: RT, 1998. Pág. 90 a 94.

não obsta a que a autoridade coatora negue a própria existência dos fatos. (itálico no original, grifos nossos)

Em matéria de desapropriação há vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que afasta o cabimento do mandado de segurança sempre que presente controvérsia fática em torno de índice de produtividade do imóvel.³² A esse respeito o célebre precedente da relatoria do E. Min. Celso de Mello, cuja ementa, traz o entendimento da Corte, nos seguintes termos:³³

MANDADO DE SEGURANÇA - IMÓVEL RURAL - DESAPROPRIAÇÃO PARA REFORMA AGRÁRIA - OFENSA À COISA JULGADA - INOCORRÊNCIA - EXISTÊNCIA DE MAIS DE UM IMÓVEL RURAL EM NOME DOS IMPETRANTES - IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE INEXPROPRIABILIDADE (CF, ART. 185, IN FINE) - INVOCÇÃO DA PRODUTIVIDADE FUNDIÁRIA COMO FUNDAMENTO AUTÔNOMO DE IMPUGNAÇÃO DO DECRETO PRESIDENCIAL (CF, ART. 185, II) - CONTROVÉRSIA SOBRE A PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL - ILIQUIDEZ DO DIREITO ALEGADO - WRIT DENEGADO.

- A circunstância de haver sido anteriormente concedido mandado de segurança aos impetrantes, em virtude da ausência dos atos legislativos reclamados pelos arts. 184, par. 3., e 185, I, da Constituição, não impede que o Presidente da República, tendo presente a edição superveniente da Lei complementar n. 76/93 e da Lei n. 8.629/93 - e uma vez observados os pressupostos nelas estabelecidos -, venha a renovar, para fins de reforma agrária, e sem qualquer ofensa a autoridade da coisa julgada, declaração expropriatória concernente ao mesmo imóvel rural.

[...]

32 Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 22.320/SP. Plenário. Sessão de 11.11.96. Rel. Min. Moreira Alves. DJ19.12.96. Ementário 1855-01. Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 22.285/SO. Plenário. Sessão de 01.04.96. Rel. Min. Sydney Sanches. DJ 17.05.96. Ementário 1828-02. Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 22.478/PR. Plenário. Sessão de 07.10.94. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 30.06.97. Ementário 1884-01. Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 24.327/DF. Plenário. Sessão de 28.11.02. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 19.12.02. Ementário 02096-02. Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 22.547/MG. Plenário. Sessão de 14.11.96. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 107.03.97. Ementário 1860-01. Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 24.224/DF. Plenário. Sessão de 28.05.02. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 27.09.02. Ementário 2084-01. Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 23.754/AL. Plenário. Sessão de 23.08.01. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 31.10.01. Ementário 2050-03. Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 221.971/PE. Plenário. Sessão de 16.03.95. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 16.06.95. Ementário 1791-02. Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 23.311/PR. Plenário. Sessão de 09.12.99. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 25.02.00. Ementário 1980-02.

33 Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 22.022-8/ES. Plenário. Sessão de 07.10.94. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 04.11.94. Ementário 1765-2.

- **A propriedade produtiva** independentemente de sua extensão territorial e da circunstância de o seu titular ser, ou não, proprietário de outro imóvel rural, **revela-se intangível à ação expropriatória do Poder Público em tema de reforma agrária** (CF, art. 185, II), **desde que comprovado, de modo inquestionável, pelo impetrante, o grau adequado e suficiente de produtividade fundiária.**

A controvérsia documental em torno do índice de produtividade do imóvel rural basta para descaracterizar a necessária liquidez dos fatos subjacentes ao direito subjetivo invocado pelos impetrantes, tornando impertinente, por ausência de um de seus requisitos essenciais, a utilização da via processual do mandado de segurança. Precedentes. (grifamos)

A jurisprudência supra transcrita revela hipótese que não se confunde com aquela trazida pelo consulente. Trata-se de ação na qual os fatos alegados não restaram incontroversos, ou seja, não foram suficientemente comprovados pela documentação acostada à inicial. Para essa hipótese, realmente, é incabível a impetração de mandado de segurança, uma vez ausente a liquidez e certeza do direito, pois não deflui da prova pré-constituída.

A ausência de prova do direito alegado leva, inevitavelmente, à descaracterização do direito líquido e certo e, em consequência ao incabimento do mandado de segurança. Essa não é, contudo, a hipótese do mandado de segurança 24.482-8/160-DF. Nesses autos, o direito líquido e certo é facilmente aferido a partir da prova documental produzida. Acostado à petição inicial encontra-se o processo administrativo, que resultou no decreto expropriatório. Os vícios do processo administrativo, analisados ao longo desse parecer, implicam ilegalidade do decreto expropriatório.

É certo que, para aferir a legalidade ou não de procedimento administrativo, é cabível a impetração de mandado de segurança. Se assim não fosse, a Administração Pública estaria “blindada” ao controle jurisdicional pela via célere do mandado de segurança, restando ao administrado a penosa via ordinária que, muito raramente, é capaz de impedir ou mesmo de reparar lesões ao direito argüido. Proteger direito líquido e certo violado por ato ilegal de autoridade pública proferido em sede de processo administrativo é uma das principais funções do mandado de segurança. Essa questão, que sequer nos parece controvertida, já foi objeto de pronunciamento expresso do Eg. Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

O MANDADO DE SEGURANÇA LABORA EM TORNO DE FATOS CERTOS E COMO TAIS SE ENTENDEM AQUELES CUJA EXISTÊNCIA RESULTA DE PROVA DOCUMENTAL INEQUIVOCA. EM FACE DESSE PRESSUPOSTO, A

ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO, PODERÁ SER OU NÃO APRECIADA EM MANDADO DE SEGURANÇA, CONFORME A LESÃO SE APRESENTAR OU NÃO DEMONSTRADA ATRAVÉS DE PROVA DOCUMENTAL INEQUÍVOCA³⁴

No caso objeto, do presente, parecer a prova documental é inequívoca, constituída da íntegra do processo administrativo – juntada por cópia à petição inicial do mandado de segurança, de cuja análise se extrai a violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da moralidade e, ainda, o desrespeito à coisa julgada.

Mesmo em hipóteses de desapropriação, o Eg. Supremo Tribunal Federal admite o manejo do mandado de segurança sempre que o direito líquido e certo se encontrar documentalmente comprovado. Confirmam-se os seguintes precedentes:³⁵

EMENTA: - Mandado de segurança. Decretos do Presidente da República declaratórios de interesse social para Reforma Agrária. 2. Alegação de nulidade dos atos preparatórios que ensejaram os decretos impugnados. Falta de indicação na notificação da data de início da vistoria. Ausência de notificação para que os impetrantes impugnassem as alterações cadastrais realizadas de ofício. 3. Ausência de prévia notificação da Federação da Agricultura do Estado do Acre, quanto à vistoria. 4. Vistoria realizada com notificação prévia irregular. Não é possível dar à notificação prévia a natureza, que pretende reconhecer o INCRA, de simples comunicação de que servidores da Autarquia inspecionarão o imóvel. 5. Precedente do STF no MS 22.164-0. 6. Mandado de segurança deferido para anular os decretos da autoridade impetrada datados de 15.12.1999, que consideraram de interesse social para Reforma Agrária, os imóveis denominados “Fazendas Planalto I e II”, “Fazenda Campo Alegre”, “Fazendas Castanhal e Espigão”, “Fazenda Promissão I, II e III”, todos localizados no Município de Capixaba, Estado do Acre, e integrantes do denominado “Seringal Nova Amélia”, de propriedade dos impetrantes.³⁶

EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. FALTA DE NOTIFICAÇÃO A QUE SE REFERE O § 2º, DO ARTIGO 2º, DA LEI 8.629/93. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA: INEXISTÊNCIA: NULIDADE DO ATO.

34 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 80.444/PB. Primeira Turma. Sessão de 08.11.77. Rel. Min. Suares Muñoz. DJ 25.11.77. Ementário 1080.

35 Ainda na mesma linha dos precedentes transcritos, consulte-se: Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 22.328/PR. Plenário. Sessão de 27.06.96. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 22.08.97. Ementário 1879-02. Republicação DJ 19.09.97. RTJ 163/984.

36 Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 23.675/AC. Plenário. Sessão de 04.10.01. Rel. Min. Néri da Silveira. DJ 14.12.01. Ementário 2053-04.

TERRA PRODUTIVA. COMPROVAÇÃO MEDIANTE LAUDO DO PRÓPRIO INCRA OFERECIDO EM PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO ANTERIOR E POSTERIORMENTE NÃO CONSUMADO. VERIFICADO QUE O IMÓVEL RURAL É PRODUTIVO TORNA-SE ELE INSUSCETÍVEL DE DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO PARA OS FINS DE REFORMA AGRÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. 1. A propriedade selecionada pelo órgão estatal para o fim de desapropriação por interesse social visando à reforma agrária não dispensa a notificação prévia a que se refere o parágrafo 2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, de tal modo a assegurar aos seus proprietários o direito de acompanhar os procedimentos preliminares para o levantamento dos dados físicos objeto da pretensão desapropriatória. O conhecimento prévio que se abre ao proprietário consubstancia-se em direito fundamental do cidadão, caracterizando-se a sua ausência patente violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, artigo 5º, inciso IV). 2. Desconstituída desapropriação anterior acerca do mesmo imóvel, em face de decisão judicial, a fim de que novo decreto presidencial seja editado, impõe-se seja repetida a notificação, para que se cumpra a determinação do parágrafo 2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.629/93, sob pena de perda absoluta de eficácia do ato de desapropriação. Provada a inexistência do cumprimento preliminar desse atributo do direito do expropriado, caracteriza-se ofensa ao seu direito líquido e certo, ensejando o cabimento e deferimento do mandamus. 3. Se na fase da primeira tentativa de desapropriação expediu o órgão encarregado da política de reforma agrária laudo técnico de reconhecimento sobre ser o imóvel rural produtivo, preenchendo o índice de 80% (oitenta por cento) do Grau de Utilização da Terra e de 100% (cem por cento) do Grau de Eficiência e Exploração -G.E.E., é esse laudo que prevalece diante da impossibilidade de obter-se um segundo em decorrência da ocupação das terras por grupos de “Sem Terra”. 4. Caracterizado que a propriedade é produtiva, não se opera a desapropriação-sanção - por interesse social para os fins de reforma agrária -, em virtude de imperativo constitucional (CF, art. 185, II) que excepciona, para a reforma agrária, a atuação estatal, passando o processo de indenização, em princípio, a submeter-se às regras constantes do inciso XXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, “mediante justa e prévia indenização”. 5. Violado o direito líquido e certo do titular de propriedade produtiva e constatada a falta da notificação prévia como preliminar do processo, o edito de expropriação por interesse social para os efeitos de reforma agrária torna-se plenamente nulo.³⁷

37 Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 22.193/SP. Plenário. Sessão de 21.03.96. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 29.11.96. Ementário 1852-12.

Nos casos supratranscritos vê-se que o Eg. Supremo Tribunal Federal não se furtou do seu dever de prestar a jurisdição, em que pese a complexidade do direito argüido. No caso trazido pelo consulente, a matéria sequer aponta alto grau de complexidade. As ilegalidades cometidas ao longo do processo administrativo e, em especial, a ofensa à coisa julgada, são questões aferíveis pela simples leitura da cópia do referido processo, que foi juntada à petição inicial do mandado de segurança. Assim, ainda que a questão de direito não fosse simples – o que não nos parece ser no caso ora em análise – mostra-se adequado o manejo do mandado de segurança para resguardar o direito fundamental de propriedade que deflui líquido e certo da prova produzida.

Analisadas as questões propostas, respondemos, objetivamente, aos quesitos formulados pelo consulente:

1. O fato de a vistoria do INCRA ter atribuído ao imóvel área maior do que aquela reconhecida por decisão judicial transitada em julgado, importa em nulidade do processo administrativo, por ofensa à garantia da imutabilidade da coisa julgada (art. 5º XXXVI CF).
2. A falta de fundamentação da decisão proferida no processo administrativo viola os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório (art. 5º LV) e do devido processo legal (art. 5º LIV), todos expressos na Lei 9784/99 (arts. 2º *caput*, parágrafo único VII e 50). Representa, ainda, burla à inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º XXXV CF), o que viola a cidadania, um dos fundamentos da República.
3. Sim. O ato da autoridade administrativa de deixar de processar recurso regularmente interposto desatende ao art. 56 da Lei 9784/99 e representa, ainda, violação aos princípios da ampla defesa (art. 5º LV CF), do devido processo legal (art. 5º LIV CF) e da segurança jurídica (art. 5º *caput* CF), razão de ser do Estado de Direito.
4. Não. O processo administrativo 54190.000362/2002, base para o decreto expropriatório não é válido, em virtude das ilegalidades e inconstitucionalidades indicadas nos itens precedentes.
5. Sim. Existem fatores legais impeditivos da desapropriação da Fazenda para fins de reforma agrária, tal como apurado no processo 54.190.000362/2002, seja em virtude dos vícios formais objeto das respostas anteriores, seja em virtude de não ter sido considerada área objeto de reforma de pastagens, que inibe o poder de desapropriar, a teor do art. 6º § 7º da Lei 8629/93.

6. Nos autos do MS 24.482-8/160/DF postula-se a proteção a direito fundamental – direito de propriedade - que se mostra líquido e certo a partir da análise da prova documental pré-constituída, resultando, de rigor, o seu conhecimento, sob pena de restar configurada negativa de prestação jurisdicional.

S.M.J.

São Paulo, 30 de julho de 2005.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
CLÁUDIA FONSECA MORATO PAVAN

IGSM/cfmp/p2005-017